

En la ciudad de SANTA ROSA, capital de la Provincia de La Pampa, a los 29 días del mes de junio de 2020, se reúne en ACUERDO la SALA 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "**C, R N c/M, C G s/Despido Indirecto**" (Expte. N° 133.030) 21418 r.C.A., del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral N° 2 de la Ira. Circunscripción Judicial y existiendo unanimidad (art. 257 C.Pr.), la SALA, dijo:

I.- La sentencia de fs. 204/208:

Hizo lugar a la demanda iniciada por el contrario, condenando a esta última al pago de la suma de \$ 98.485,33 con más intereses de tasa activa. Impuso las costas del proceso a la parte demandada y reguló honorarios a los profesionales del derecho intervinientes y a la perito contadora.

Estando controvertida la relación laboral desde el momento mismo en que se produjo el intercambio epistolar, el Juez a quo analizó la prueba producida considerando relevante y decisivo el testimonio de María del C. DOGLIOLO a fs. 94/96.

Refirió a su vez al extenso informe con copias de piezas documentales presentado en autos por PAMI (fs. 114/180), concluyendo finalmente el Juez a quo que el vínculo afirmado por la demandante con respecto a la señora M debía quedar enmarcado en la Ley N° 26.844 sobre "Régimen especial del contrato de trabajo para el personal de casas particulares", determinando así que hubo relación laboral y reforzando su decisión a partir de la confesión ficta provocada por la incomparecencia a una audiencia confesional que le tuvo por injustificada a la demandada M, declarando luego aplicable los arts. 9 y 12 de la LCT en lo que atañe a la apreciación de la prueba.

Consideró además que ante la ausencia de registración de la relación, los motivos invocados por la parte actora eran de entidad suficiente como para colocarse con derecho en situación de despido indirecto.

Tomó como base el peritaje contable producido en autos e hizo lugar a la acción, condenando en definitiva a G. M al pago de los créditos laborales demandados, con más un ajuste a tasa activa y costas del proceso.

Tal decisión fue apelada por la parte accionada (fs. 213), quien expresó sus agravios a fs. 217/221, siendo contestados a fs. 224/230.

II.- El recurso:

Se agravia a fs. 217/221 la parte demandada expresando en queja: (II.a.i.) que se inaplica el régimen tutelar de los ancianos; (II.a.ii.) que el fallo aplica indebidamente el principio "in dubio pro operario"; (II.a.iii.) que se hace lugar al reclamo con una valoración incorrecta de la declaración de los testigos ofrecidos por la parte actora; (II.a.iv.) que se desestima el planteo defensivo sin una valoración correcta de las declaraciones brindadas por los testigos de la parte demandada; (II.a.v.) que se utiliza la regla de la confesión ficta sin que estén reunidos los requisitos legales para que ello suceda; (II.a.vi.) subsidiariamente, se agravia por cuanto dice que se acogen rubros legalmente improcedentes; y finalmente (II.a.vii.) porque en la sentencia se resuelve aplicar tasa activa para el ajuste de los créditos condenados.

III.- Tratamiento del recurso:

Se adelanta que el recurso de apelación prosperará, con costas.

Dando respuesta integral a las críticas desagregadas en el memorial, decimos que asiste razón a la parte recurrente cuando señala que resulta inaplicable a este caso particular el régimen previsto en la Ley N° 26.844 (agravio II.a.i.) y que el Juez de la instancia anterior hizo una equivocada ponderación de la prueba (agravios II.a.iii. y II.a.iv.).

Advertimos asimismo que el Juez de grado en lo relativo a la apreciación de los hechos, ha exorbitado la manda legal prevista en el art. 9 de LCT, la cual no rige frente a casos de insuficiencia probatoria (agravio II.a.ii.), habiendo analizado el escaso material de prueba arrojado a juicio por la demandante, forzando incluso para sentenciar los alcances probatorios de la confesión ficta (agravio II.a.v.), con una reprobable mirada jurisdiccional, omitiendo la vulnerabilidad de la accionada (mujer nacida en 1934 y con certificados por problemas de salud).

Una incomparecencia a audiencia nunca puede derivar en plena prueba y en su caso (arg. art. 398 del CPCC) el Magistrado a cargo de la causa queda siempre obligado a atender las especiales circunstancias que se derivan del asunto y a valorar las restantes pruebas aportadas. Como se sabe, el derecho judicial y doctrinario pacíficamente entienden que la confesión ficta no tiene valor absoluto cuando existe en la causa prueba en contrario u otros elementos de juicio que la neutralicen. Dicho de otro modo: "[L]a confesión ficta no tiene carácter decisivo para la solución de la litis, sino en tanto surjan del resto de las pruebas y circunstancias de la causa elementos que la corroboran" (La Ley 07.09.2010 LXXIV n° 170).

La situación traída a este juicio encuadra dentro de las excepciones previstas en la Ley N° 26.488, en tanto dentro del catálogo contenido en la norma del inciso c) art. 3 de la Ley N° 26.844 quedan excluidos los servicios como los presupuestados ante PAMI y prestados por R N. C, dado que la previsión legal no considera personal de casas particulares a aquellas personas que realizan "tareas de cuidado y asistencia de personas enfermas o con discapacidad, cuando se trate de una prestación de carácter terapéutico".

Y si bien dicha exclusión del régimen especial pareciera que alude a la necesidad o exigencia de habilitaciones profesionales específicas, como opina R. O, los títulos habilitantes son elementos no concurrentes, precisamente por la disyunción "o" que utiliza la norma al describir la figura no laboral del asistente o cuidador. De ahí que el carácter exclusivo o preponderantemente "terapéutico excluye toda actividad relacionada con las tareas de limpieza, mantenimiento u otras actividades típicas del hogar ... y es tan terminante la división, desde que la consecuencia de estar en esta excepción es que se considera una locación de servicios ... lo que margina al trabajador de toda norma tuitiva." (ver Estatuto para el Personal de Casas Particulares, ed. Rubinzal Culzoni, 2013 p. 62/63).

En ese sentido, a fs. 114 y siguientes se observa que consta la iniciación de una actuación administrativa ante la Obra Social PAMI, únicamente con causa en la individual afiliación de R G P (sujeto no accionado, aún cuando resulte esposo de la demandada) y que la finalidad de dicha tramitación era claramente la de obtener una asistencia económica renovable para el acompañamiento del afiliado, a través de una persona que tuviere entrenamiento o aptitudes como para acometer dicha función especial, como lo fue indudablemente la actora.

Su desempeño (nótese que la actora a fs. 7 así lo anunciaba en su demanda), tuvo génesis y razón de ser entonces, en el circunstancial y delimitado Programa de Asistencia a Situaciones de Alto Riesgo (Disposición 001/GPSC72008 – Anexo II), con un prefijado y descripto plan de tareas socio sanitario (ver fs. 125), circunscripto a G P (quien insistimos, no ha sido demandado) y para quien la demandante R C quedó definida como su cuidadora (no de la accionada C G. M), con la particular misión de apoyar la ocupación del tiempo libre del adulto mayor y de acompañarle tres días a la semana en su actividad socio-cultural, en su higiene ambiental y movilidad.

En definitiva, un servicio cumplido y desplegado esencialmente o más próximo al rol exclusivo de acompañante terapéutico para G P (tuviera o no C título habilitante para ello) y en el marco de una actividad de inclusión previsional, nunca en la de dependiente para el ámbito doméstico de una casa particular.

El vínculo se dio y sucedió a partir de un presupuesto como el de fs. 126, firmado a tales fines por la propia accionante (corroborado dicho extremo con el informe del INSSJP - PAMI y en fecha posterior a la del reclamo de su Carta Documento de fs. 3), cual si fuera una verdadera estimación de servicios profesionales de acompañamiento terapéutico y con entrenamiento específico (considerando el caso de G P como de patología socio sanitaria compleja según consta a fs. 145), esto es, nada menos que para una persona de 87 años de edad al tiempo de la tramitación administrativa, con padecimiento de enfermedad (principio de Alzheimer cfr. PAMI a fs. 128), con alto grado de vulnerabilidad social y sanitaria (ver fichaje a fs. 127) y lo que es definitorio para el rechazo de la pretensión de base, con referencia directa a una persona evidentemente distinta de la persona demandada y a quien ni siquiera se ha procurado traer a la litis y que, ciertamente, no forma parte de este proceso.

Por lo demás, remarcamos que la relación laboral insinuada fue categóricamente negada desde el inicio del intercambio epistolar y que no hay respecto de la pretendida vinculación laboral entre C-M, prueba alguna que permita concluir que hubiera existido vinculación protegida por el derecho del trabajo.

Hacemos notar en este estado que, así se tratase de una acción contra Mo bien contra el propio G P, los datos fácticos en este proceso relativos a ambos adultos ancianos, sin dudas debieron haber sido tratados por el Juez a quo haciéndose cargo de su ostensible e innegable "vulnerabilidad social", en razón de sus respectivas edades y porque como refiere F. DESPOULIS NETRI, ese concepto de vulnerabilidad "asocia como elementos esenciales el riesgo de una persona o grupo a sufrir un daño ante una eventual contingencia y la capacidad de aquellos de evitar el resultado lesivo, reducirlo y/o hacerle frente. Se trata de situaciones con un fuerte componente estructural, que alcanzan a la propia exposición al hecho amenazante y que se manifiestan subjetivamente en un sentimiento de inseguridad o de indefensión ante el mismo" (ver "Vulnerabilidad y Solidaridad", en Diario La Ley, TOMO 2020-A AÑO LXXXIV N° 50 Bs. As., Viernes 13 de Marzo de 2020).

Frente a ello, la resolución interlocutoria dictada a fs. 101/103 por la que se tuvo por injustificada la ausencia de M (con su avanzada edad y problemas de salud certificados), se presenta como una cruda respuesta juricista desentendida de la razón práctica, esto es aquella que en términos alexyanos "prudencialmente corrige, matiza o modula el sentido de los diversos problemas concretos que afectan al ser humano, permitiendo brindar respuestas plausibles para la coexistencia social." (ver Tres Características de la filosofía jurídica de Robert Alexy, R. Cabanillas, en La Ley 2020-A LXXXIV n° 42 del 03.03.20).

Equivoca a su vez el Juez de grado la aplicación del principio in dubio pro operario en cuanto a la apreciación de la prueba bajo el prisma del art. 9 de la LCT, puesto que ese camino sólo se abre cuando se presentan dudas razonables respecto del alcance de la relación, no cuando como en el presente, estamos ante un asunto demandado con pruebas insuficientes.

No cabe en estos obrados la aplicabilidad del adagio in dubio pro operario, que como bien opinaban J. LOPEZ y H. PODETTI, frente a la ausencia de prueba relevante, no hay posibilidad de aplicar dicho principio. Es que la última reforma al art. 9° LCT debe utilizarse con máximo cuidado y sumo equilibrio, permitiendo que la manda legal solo opere en caso de duda objetiva e insalvable respecto de la prueba de los hechos narrados para el conflicto. Nunca cuando falta lisa y llanamente la prueba, o cuando ésta es insuficiente, como sucede en este asunto.

Los testigos que declararon a fs. 79, fs. 80 y fs. 107 (H. TOLEDO, C. MIRANDA y JARA), nada aportan respecto del tipo de tareas, horarios y días de trabajo afirmados por la actora. Y a su turno, quienes depusieron a fs. 84/85, 87/88, 92/93 y 94/95 (R. COLLADO, O. ELICEGUI, N. BARRIO y M. del C. DOGLIOLO), siendo vecinos o familiares con asidua relación y trato con la accionada (a quienes la demandante negó conocer a fs. 73/74), no sólo expresaron que no conocían a la actora, sino que además fueron categóricos al expresar que era la hija de la accionada quien colaboraba en los quehaceres del hogar. La testigo DOGLIOLO manifestó además ser peluquera a domicilio y que nunca había visto desempeñarse a la actora en el ámbito del hogar de la demandada.

La queja delineada por la parte interesada en su recurso acierta en formular una crítica apta y útil como para demostrar que en verdad hubo error en el juzgamiento y en el análisis de los hechos. La expresión de agravios ha actuado aquí como una verdadera demanda de impugnación de la sentencia, con un cuestionamiento concreto y razonado del fallo, demostrando acabadamente sus errores, deficiencias y omisiones.

La ponderación de los hechos, de la prueba y la aplicación del derecho, todo ello define la suerte de este caso, tornando procedente la apelación y condenando al fracaso la pretensión de la demanda laboral.

En conclusión, si se produjo prestación de servicios a cargo de la accionante R C, tal actividad (arg. art. 1251 CCC) únicamente giró en torno al Plan Socio Sanitario validado por PAMI para su afiliado R G P, con los alcances informados en el expediente administrativo, todo lo cual excluye la relación de dependencia insinuada respecto de la demandada, señora C G. M

Deviene abstracto el tratamiento de los agravios (II.a.vi.) y (II.a.vii.).

Consecuentemente el recurso prospera, por lo que queda revocada en todas sus partes la sentencia de la instancia anterior, debiendo tenerse por rechazada la demanda laboral intentada, con costas de ambas instancias a cargo de la recurrente actora, readecuándose los honorarios determinados, con arreglo a lo normado en el art. 258 del CPCC.

Para finalizar recordaremos que se ha dicho con justeza (siguiendo para ello la opinión de J. GRISOLIA en Derecho Laboral y Justicia, LA LEY 2011-C año LXXV n° 92) que, no obstante tener el juez laboral un rol o papel dirimiente en la dinámica de las relaciones laborales, "es gestor de paz y equidad, lo cual se torna clave, [en la medida que] no se es juez de la ley sino de la Constitución Nacional [siendo] su función hacer jurisprudencia [usando] de la prudencia en la realización efectiva del derecho. El juez laboral debe desechar la interpretación

meramente teórica, literal y rígida de la ley y por ello desinteresada de sus resultados prácticos concretos e inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos".

Por ello, la SALA 3 de la Cámara de Apelaciones, por unanimidad;

R E S U E L V E:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 213 por C. G. M, conforme a los fundamentos dados en los considerandos, con costas a la parte recurrida vencida.

II.- Imponer las costas de Primera Instancia a la actora vencida (art. 62, primer párrafo del CPCC) y readecuar los honorarios regulados a los letrados, fijándose a los Dres. Adrián Alberto SANCHEZ y Natalia BURGOS en forma conjunta, en el 21,7% y a las Dras. Ana María MENDIARA y Karina Lucía ALVAREZ MENDIARA en forma conjunta, en el 16,8%, porcentajes a calcularse sobre el monto reclamado en la demanda con más intereses a tasa mix (art. 6, 7, 9, 19, 37 y 39 L.A.), más el IVA de así corresponder.

III.- Regular los honorarios de Segunda Instancia, fijándose al Dr. Adrián Alberto SANCHEZ en el 35% y las Dras. Ana María MENDIARA y Karina Lucía ALVAREZ MENDIARA en forma conjunta, en el 25%, porcentajes a calcularse sobre lo regulado en la instancia anterior (art. 14 de la L.A.), con más el IVA de así corresponder.

Regístrese, notifíquese la parte dispositiva (art. 461 del CPCC y 84 NJF 986). Oportunamente, devuélvase al Juzgado de origen.

Fdo.: Guillermo S. SALAS - JUEZ DE CAMARA - Laura CAGLIOLO - JUEZ DE CAMARA SUSTITUTA - Miriam N. ESCUER - SECRETARIA DE CAMARA.